

Mindestqualifikation – Zulassungsvoraussetzung für selbständige Bestatter?

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Stelkens

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere deutsches und europäisches
Verwaltungsrecht

Südwestdeutsche Bestatterfachtagung 2016

Gliederung

- I. Das Bestattungsgewerbe im geltenden Recht**
- II. Mögliche Ziele einer strikteren Reglementierung des Bestattungsgewerbes**
- III. Regelungsmodelle und Änderungsoptionen**
- IV. Verfassungsrechtliche Grenzen**
 - 1. Gesetzgebungskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 i. V. m. Art. 72 Abs. 2 GG)**
 - 2. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)**
- V. Unionsrechtliche Grenzen**
 - 1. Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123/EG)**
 - 2. Berufsqualifikationsrichtlinie (RL 2005/36 EG)**

I. Bestattungsgewerbe im geltenden Recht

§ 1 Gewerbeordnung Grundsatz der Gewerbefreiheit

(1) Der Betrieb eines Gewerbes ist **jedermann** gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind.

(2) [...].

- Keine „Ausnahme oder Beschränkung“ i. S. des § 1 Abs. 1 GewO in Gewerbeordnung oder Spezialgesetz für Bestattungsgewerbe vorgesehen
- Jedermann ist Aufnahme des Bestattungsgewerbes als selbständiges Gewerbe gestattet – auch ohne Berufserfahrung, Nachweis von Sachkunde, Mindestmaß an persönlicher Zuverlässigkeit
- Allein Anzeigepflichtigkeit nach § 14 GewO (dient der Information der Gewerbeaufsicht)

I. Bestattungsgewerbe im geltenden Recht

§ 35 Gewerbeordnung Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit

(1) Die Ausübung eines Gewerbes ist von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die **Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden** oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. [...]

(2) bis (9) [...]

- Untersagungsmöglichkeit als notwendiges „Korrelat der Gewerbefreiheit“
- Ermöglicht nur repressive Reaktion auf bereits eingetretene Missstände, keine präventive Vorab-Kontrolle

I. Bestattungsgewerbe im geltenden Recht

➤ **Begriff der Unzuverlässigkeit** i. S. des Gewerberechts

- Begriff: Unzuverlässig ist ein Gewerbetreibender, der nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreibt (BVerwG, 1 C 146.80 v. 2.2.1982, BVerwGE 65, 1 f.)
- Entscheidend ist, dass bestimmte tatsächliche Umstände in der Vergangenheit eine (negative) Prognose rechtfertigen – keine Unzuverlässigkeit ohne tatsächliche Grundlage
- **Fallgruppen:** Begehen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten (mit Bezug zur gewerblichen Tätigkeit), fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, insbes. bei Steuerrückständen, Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen, völlig fehlende Sachkunde, Verletzung zivilrechtlicher Pflichten, Verletzung spezifisch öffentlich-rechtlicher Pflichten ...

I. Bestattungsgewerbe im geltenden Recht

➤ Fehlende Sachkunde als „Unzuverlässigkeitsgrund“?

BVerwG, I C 34.60 v. 27.6.1961, NJW 1961, 1834 (Überfordertes Reisebüro)

„[...] auch bloße Unfähigkeit [kann] einen Mangel der Zuverlässigkeit begründen. Ein Schwimmlehrer, der selbst nicht schwimmen kann, und ein Rechtskonsulent, der zur Darstellung eines einfachen Sachverhalts nicht fähig ist, sind für die von ihnen betriebenen Gewerbe nicht zuverlässig [...].“

I. Bestattungsgewerbe im geltenden Recht

➤ Fehlende Sachkunde als „Unzuverlässigkeitsgrund“?

BVerwG, I B 181.64 v. 9.11.1964, GewArch 1965, 101 (Makler ohne Fachkenntnisse)

„ [...] unzureichende Ausbildung und mangelhafte Fähigkeiten [können] die Annahme der Unzuverlässigkeit begründen [...]. Insoweit kann dahingestellt bleiben, ob bei Berufen, bei denen der Gesetzgeber selbst die Berufsaufnahme nicht von dem Nachweis besonderer Sachkunde abhängig macht, bereits aus dem Ausbildungsgang und einer bisher berufsfremden Betätigung des Gewerbetreibenden der Schluß auf seine Unzuverlässigkeit gezogen werden kann, solange nicht die Art seiner Gewerbeausübung die mangelnde Eignung erkennen läßt, ob ein Vorgehen gegen den Gewerbetreibenden in solchen Fällen grundsätzlich nicht vielmehr unterbleiben muß, bis die Art, in der er sein Gewerbe ausübt, zeigt, daß der von seiner unzureichenden Vorbildung befürchtete Mangel an Eignung für das gewählte Gewerbe tatsächlich in Erscheinung tritt; denn schon die von dem Kläger in Ausübung seines Gewerbes begangenen strafbaren Handlungen reichen für sich allein aus, um die Gewerbeuntersagung ihm gegenüber zu rechtfertigen.“

I. Bestattungsgewerbe im geltenden Recht

➤ Fehlende Sachkunde als „Unzuverlässigkeitsgrund“?

- Auch für Bestatter kann ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung nicht das Erfordernis eines Mindestmaßes an Sachkunde, eine berufliche Mindestqualifikation in das „Zuverlässigkeitsmerkmal“ hineingelesen werden
- Eine (förmliche) Berufsausbildung oder der Nachweis längerer Berufserfahrung ist für die Aufnahme des Bestattungsgewerbe rechtlich nicht erforderlich und muss auch nicht später nachgewiesen werden.

I. Bestattungsgewerbe im geltenden Recht

- **Bestattungsgewerbe als handwerksähnliches Gewerbe** nach § 18 Abs. 2 S. 2 i. V. m. Anlage B Abschn. 2 Nr. 50 der Handwerksordnung
 - schon vor großer Handwerksrechtsreform von 2003/2004 war das Bestattungsgewerbe „nur“ handwerksähnliches Gewerbe (das als Kategorie erst durch Einfügung der §§ 16a ff. durch G. v. 9.9.1965 zur Änderung der Handwerksordnung [BGBl. I, 1254] geschaffen wurde)
 - Einbindung des Bestattungsgewerbes in die **Handwerksorganisation**: Pflichtmitgliedschaft in Handwerkskammern (§ 90 Handwerksordnung), Möglichkeit der Gründung von Bestatterinnungen (§ 52 Handwerksordnung)
 - Einbindung des Bestattungsgewerbes in die **handwerksrechtliche Berufsausbildung** (seit 2010 auch mit Möglichkeit einer Meisterprüfung) und staatliche Gewährleistung der Existenz eines solchen Systems: Verordnung über die Berufsausbildung zur Bestattungsfachkraft v. 7. 5 2007 (BGBl. I S. 673, 957); Bestattermeisterverordnung v. 15. 9 2009 (BGBl. I S. 3036), geänd. durch Art. 45 der VO v. 17. 11. 2011 (BGBl. I S. 2234)
 - **Aber: Keine Zulassungspflichtigkeit** nach § 1 Handwerksordnung (d. h. kein „Meisterzwang“ für Betriebsleiter) – es gelten allein § 1 und § 35 GewO

I. Bestattungsgewerbe im geltenden Recht

➤ Konsequenzen der Regelungen des Bestattungsgewerbes im geltenden Recht

- Keine präventive Kontrolle der persönlichen und wirtschaftlichen Zuverlässigkeit eines Bestattungsunternehmens vor Geschäftsaufnahme
- Kein Fachkundenachweis erforderlich
- Abschlussprüfung als „Bestattungsfachkraft“, Inhaberschaft des Bestattermeistertitels oder auch Trägerschaft eines Qualitätssiegels (z. B. des Bundesverbands deutscher Bestatter [Bestatter – vom Handwerk geprüft]) dienen „nur“ der Kundenorientierung, sind nicht Berufszulassungsvoraussetzung
- Vertrauen auf die „unsichtbare Hand des Marktes“, die aber vielleicht der besonderen Situation der Hinterbliebenen und des Marktes allgemein (seltene Inanspruchnahme von Bestattungsleistungen, „Tabuthema“ Tod) nicht gerecht wird.

II. Mögliche Ziele einer strikteren Reglementierung des Bestattungsgewerbes

- Ob die Anforderungen an das Bestattungsgewerbe strenger ausgestaltet werden sollen, ist eine **politische Frage**
- **Frühjahrssitzung 2015 des Bund-Länder-Ausschusses „Gewerberecht“:**
Keine Notwendigkeit der Einführung einer präventiven Zuverlässigkeitsprüfung, weil über Einzelfälle hinaus keine Missstände bekannt geworden seien, die eine striktere Reglementierung rechtfertigen würden
- Problem: Mehr Kontrolle verlangt mehr Aufwand für die zuständigen Behörden
- Daher muss Klarheit (und Einigkeit) hergestellt werden, was mit einer strikteren Reglementierung des Bestattungsgewerbes erreicht werden soll

II. Mögliche Ziele einer strikteren Reglementierung des Bestattungsgewerbes

- **Nicht: Schutz vor unerwünschter Konkurrenz, Gewährleistung einer „gesunden“ Wettbewerbsstruktur**
 - Einschränkung der Gewerbefreiheit darf aus europa- und verfassungsrechtlichen Gründen nicht allein oder maßgeblich zum Ziel haben, „alteingesessene“ Betriebe vor unerwünschter Konkurrenz zu schützen bzw. die Anzahl der Wettbewerber auf ein „gesundes“ Maß zu reduzieren
 - Keine Protektion bestehender Gewerbebetriebe mittels Berufszulassungsrecht.
 - BVerfG, 1 BvR 596/56 v. 11.6.1958, BVerfGE 7, 377, 408 („Apothekenurteil“): Beschränkung des Zugangs zum Beruf zum Zwecke des Konkurrenzschutzes der bereits im Beruf Tätigen ist „ein **Motiv, das nach allgemeiner Meinung niemals einen Eingriff in das Recht der freien Berufswahl rechtfertigen kann**“.

II. Mögliche Ziele einer strikteren Reglementierung des Bestattungsgewerbes

- **Gewährleistung einer Vorabprüfung der *Zuverlässigkeit* der Bestattungsgewerbetreibenden?**
 - Verhinderung der Berufsaufnahme durch erkennbar unzuverlässige Personen (z. B. solche, die bereits im Zusammenhang mit diesem Beruf straffällig geworden sind)
 - Würde „anlasslose“ Prüfung durch Gewerbeaufsicht ermöglichen

II. Mögliche Ziele einer strikteren Reglementierung des Bestattungsgewerbes

➤ Einführung einer Pflicht zum Abschluss einer angemessenen *Berufshaftpflichtversicherung*?

Mittlerweile für viele „vermögensbetreuende“ Gewerbe vorgesehen:

- § 34d Abs. 2 Nr. 3 GewO (Versicherungsvermittler);
- § 34e Abs. 2 GewO (Versicherungsberater);
- § 34f Abs. 2 Nr. 3 GewO (Finanzanlagenvermittler);
- § 34h Abs. 1 S. 4 GewO (Honorar-Finanzanlagenberater);
- ähnlich auch § 34c Abs. 3 Nr. 1 GewO (Makler, Bauträger, Baubetreuer);
- ähnlich auch § 36 Abs. 3 Nr 3b GewO (öffentlich bestellte Sachverständige)

II. Mögliche Ziele einer strikteren Reglementierung des Bestattungsgewerbes

➤ Gewährleistung der *Fachkunde* der Bestattungsgewerbetreibenden?

- Nicht schon in Zuverlässigkeitsanforderung enthalten.
- Notwendigkeit einer gesetzlichen Festlegung, in welcher Form und im welchem Umfang Fachkunde nachzuweisen ist:
 - Notwendigkeit einer besonderen Ausbildung (mit welchem Inhalt und welchem Abschluss)?
 - Berufserfahrung als unselbständiger Arbeitnehmer/Betriebsleiter (von welcher Dauer)?
 - Zertifizierung des Betriebs (in welcher Form)?
- Fachkundeerfordernis führt im Ergebnis zu einer staatlichen Verantwortung/Gewährleistung für die Aufrechterhaltung von Wissen

II. Mögliche Ziele einer strikteren Reglementierung des Bestattungsgewerbes

➤ Zweifelhaft: Gewährleistung der Einhaltung einer (der?) *Bestatterethik*?

- Bestattungsgewerbe enthält heute auch Elemente, die für Freie Berufe charakteristisch sind (persönliches Vertrauen in Krisensituation [oft einziger Ansprechpartner zur Trauerbewältigung], vermögensbetreuende Elemente)
- Freien Berufe haben im Allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und **fachlich unabhängige Erbringung** von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber (**besonderes Vertrauensverhältnis**) und der Allgemeinheit (**Gemeinwohlorientierung**) zum Inhalt...
- Berufsrechtliche Folgen: Vor allem auch Reglementierung der Werbung, Durchsetzbarkeit „würdigen“ Verhaltens (vgl. etwa § 43 BRAO: „Der Rechtsanwalt hat seinen Beruf gewissenhaft auszuüben. Er hat sich innerhalb und außerhalb des Berufes der Achtung und des Vertrauens, welche die Stellung des Rechtsanwalts erfordert, würdig zu erweisen.“)

II. Mögliche Ziele einer strikteren Reglementierung des Bestattungsgewerbes

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

§ 4 Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen

Unlauter handelt insbesondere, wer

1. geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch Ausübung von Druck, in menschenverachtender Weise oder durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen;
2. geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, geistige oder körperliche Gebrechen, das Alter, die geschäftliche Unerfahrenheit, die Leichtgläubigkeit, die Angst oder die Zwangslage von Verbrauchern auszunutzen;
3. den Werbecharakter von geschäftlichen Handlungen verschleiert;
4. bis 10 [...]
11. einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

II. Mögliche Ziele einer strikteren Reglementierung des Bestattungsgewerbes

➤ Zweifelhaft: Gewährleistung der Einhaltung einer (der?) *Bestatterethik*?

- Handwerkskammern und Bestatterinnungen können „unlautere Verhaltensweisen“ und Verletzung des Verbraucherschutzrechts nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 und 4 UWG, § 3 Abs. 1 Nr. 2 und 3 UKlaG gerichtlich durchsetzen.

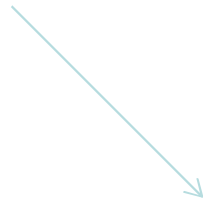
Vgl. BGH, VII ZR 139/80 v. 9.7.1981, BGHZ 81, 229, 230; BGH, I ZR 272/03 v. 6.4.2006, NJW 2006, 2481; BGH, I ZR 113/10 v. 9.6.2011, NJW 2012, 235
- **BGH, I ZR 29/99 v. 25.10.2001**, NJW 2002, 2039, 2040: Befugnis der Kammern und Innungen, privatrechtliche Ansprüche nach UWG/UKlaG auch gegenüber eigenen Mitgliedern durchzusetzen, gilt auch, soweit entsprechende öffentlich-rechtliche Instrumente fehlen oder nur eingeschränkt sind.
- Entwicklung bestimmter Grenzen für Bestatterwerbung durch Rechtsprechung – inwieweit diese Grenzen der verfassungsgerichtlichen Rspr. noch standhalten, müsste genauer untersucht werden.

II. Mögliche Ziele einer strikteren Reglementierung des Bestattungsgewerbes

- **Zweifelhaft: Gewährleistung *geeigneter Räumlichkeiten* für die Ausübung des Bestatterberufs**
 - Viele GewerbeKonzessionen sind so ausgestaltet, dass nicht nur einer bestimmten Person die Ausübung eines bestimmten Gewerbes schlechthin gestattet wird (sog. **Personalkonzession**), sondern einer Person für die Ausübung des Gewerbes in bestimmten Räumen (sog. **gemischte Konzession**).
 - Gemischte Konzessionen führen i.d.R. zu **Doppelzuständigkeiten** und nur schwer zu vermeidenden **Doppelprüfungen** zwischen Gewerbeaufsichts- und Baubehörden.
 - Nichtbeachtung baurechtlicher Anforderungen bzw. Verwendung baurechtlich ungeeigneter Räumlichkeiten kann persönliche Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden indizieren.
 - Daher: Es erscheint nicht unbedingt sinnvoll, die „Räumlichkeitenfrage“ zum Gegenstand einer Reglementierung des Bestatterberufs zu machen.

III. Regelungsmodelle und Änderungsoptionen

- Wie könnten rechtstechnisch die „tauglichen“ Ziele einer strikteren Reglementierung des Bestattungsgewerbes umgesetzt werden?



III. Regelungsmodelle und Änderungsoptionen

1. „Aufwertung“ des Bestattungsgewerbes zum zulassungspflichtigen Handwerk?

- Wohl eher systemwidrig, weil sowohl die Verordnung über die Berufsausbildung zur Bestattungsfachkraft als auch die Bestattermeisterverordnung deutlich machen, dass die wirklich handwerklichen Elemente mehr und mehr zurücktreten: Handelt es sich nicht mittlerweile überwiegend um einen kaufmännischen Beruf mit hohem Geschäftsbesorgungsanteil und zunehmenden Trauerbegleitfunktionen (dem allerdings nach wie vor auch Elemente eines *Gesundheitshandwerks* eigen sind)?
- Die Einfügung des Bestattungsgewerbes in die Anlage A der Handwerksordnung würde zudem **nur die Fachkundefrage lösen**: Die Handwerksordnung stellt auch für zulassungspflichtige Handwerke weder Anforderungen an die persönliche Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden auf noch wird der Abschluss etwa von Berufshaftpflichtversicherungen verlangt: Insoweit bleibt es bei allen zulassungspflichtigen Handwerken bei der allgemeinen Regelungen des § 35 GewO, der **nur nachträgliche Gewerbeuntersagungen** ermöglicht.

III. Regelungsmodelle und Änderungsoptionen

2. Schaffung einer gewerberechtlichen Genehmigungspflicht?

- Würde eine **präventive Zuverlässigkeitsprüfung** ermöglichen und die besonderen Auskunftspflichten des Gewerbetreibenden und Nachschaurechte der Behörde nach § 29 GewO begründen.
- Unzuverlässigkeit könnte nach dem Vorbild z. B. des § 34a Abs. 2 Nr. 1 Halbsatz 2 GewO bei Begehung bestimmter Straftatbestände gesetzlich vermutet werden (z. B. Untreue, Störung der Totenruhe...)
- Genehmigungserteilung könnte nach dem Vorbild z. B. des § 34d GewO abhängig gemacht werden
 - vom Nachweis einer angemessenen **Berufshaftpflichtversicherung**;
 - vom **Nachweis einer „angemessenen Qualifizierung“**, deren konkrete Ausgestaltung durch RechtsVO erfolgen könnte – dann müsste v. a. geklärt werden, welche Qualifizierung zu verlangen ist.
- Problem: Gewerberechtliche Genehmigungspflicht wäre für handwerksähnliches Gewerbe einzigartig: „Doppeltes Ausbildungssystem“?

III. Regelungsmodelle und Änderungsoptionen

3. Schaffung eines neuen „überwachungsbedürftigen Gewerbes“ durch Ergänzung des § 38 Abs. 1 GewO?

- Rechtsfolgen der Zuordnung zu den überwachungsbedürftigen Gewerben:
 - Uneingeschränkte Geltung des § 29 GewO (Auskunft und Nachschau)
 - Verpflichtung zur Beibringung von Führungszeugnissen (§ 38 Abs. 1 Satz 2 GewO) mit Anmeldung
 - Überprüfung der Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden nach Erstattung der Gewerbeanmeldung / -ummeldung unabhängig vom Normalfall des § 35 Abs. 1 GewO. **Wichtig:** Gewerbeanmeldung nach allgemeinen Regeln, keine Ausübungsgestattung erst nach Zuverlässigkeitsprüfung
- Nur Ermöglichung einer präventiven Zuverlässigkeitsprüfung ohne Begründung einer Genehmigungspflicht, aber auch *ohne Sachkundenachweis und ohne Berufshaftpflichtversicherung*

IV. Verfassungsrechtliche Grenzen

1. Gesetzgebungskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 i. V. m. Art. 72 Abs. 2 GG)

- Schaffung gewerberechtlicher Berufszulassungsvoraussetzungen fällt unstreitig in die **konkurrierende Gesetzgebungskompetenz** des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft“ ([...], Handwerk, Gewerbe [...])).
- Schließen Besonderheiten der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 72 GG heute entsprechende Regelungen aus?

IV. Verfassungsrechtliche Grenzen

1. Gesetzgebungskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 i. V. m. Art. 72 Abs. 2 GG)

Grundgesetz

Art. 72 GG

(1) Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, **solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.**

(2) Auf den Gebieten des **Artikels 74 Abs. 1** Nr. 4, 7, **11**, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 und 26 hat der Bund das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.

(3) [...].

(4) Durch Bundesgesetz kann bestimmt werden, daß eine bundesgesetzliche Regelung, für die eine Erforderlichkeit im Sinne des Absatzes 2 nicht mehr besteht, durch Landesrecht ersetzt werden kann.

IV. Verfassungsrechtliche Grenzen

1. Gesetzgebungskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 i. V. m. Art. 72 Abs. 2 GG)

- Bisher unstrittig: § 1 GewO verdeutlicht umfassende und abschließende Inanspruchnahme der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz i.S.d. Art. 72 Abs. 1 GG durch den Bund in Bezug auf gewerberechtliche Berufszulassungsregelungen.
- Besondere Problematik folgt jedoch daraus, dass
 - die Beachtung der „Erforderlichkeitsklausel“ des Art. 72 Abs. 2 GG in seiner ursprünglichen Fassung vom BVerfG nicht geprüft wurde, sondern dem Bundesgesetzgeber insoweit ein weiter Entscheidungsspielraum eingeräumt wurde.
 - nach der Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG durch das 42. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 27.10.1994 (BGBl. I, 3146) das BVerfG seit der sog. „**Altenpflegeentscheidung**“ (BVerfG, 2 BvF 1/01 v. 24.10.2002, BVerfGE 106, 62, 136 ff.) die Beachtung der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG dagegen durchaus streng prüft.

IV. Verfassungsrechtliche Grenzen

1. Gesetzgebungskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 i. V. m. Art. 72 Abs. 2 GG)

- Grundsätzlich wird daher anzunehmen sein, dass die „Sperrwirkung“ des § 1 GewO landesrechtliche Berufszulassungsregelungen nur soweit ausschließen kann, wie der Bund heute nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 i. V. m. Art. 72 Abs. 2 GG noch berechtigt wäre, entsprechende Berufszulassungsregelungen zu erlassen.
- In der Altenpflegeentscheidung hat das BVerfG jedoch bundeseinheitliche Regelungen über die Ausbildung von Altenpflegern zur „**Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse**“ als erforderlich angesehen (vgl. BVerfG, 2 BvF 1/01 v. 24.10.2002, BVerfGE 106, 62, 158).
Ausschlaggebende Argumente:
 - Förderung der Mobilität der Ausgebildeten durch einheitliche Ausbildungsstandards,
 - Stärkung des Leistungsniveaus des betroffenen Berufs insgesamt

IV. Verfassungsrechtliche Grenzen

1. Gesetzgebungskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 i. V. m. Art. 72 Abs. 2 GG)

- Soweit der Bundesgesetzgeber in den letzten Jahren neue gewerberechtliche Berufszulassungsregelungen erlassen hat, ist er insoweit ebenfalls immer vom Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG ausgegangen, ohne dass dies beanstandet worden wäre.
- Siehe etwa (mit jeweils deutlicher Betonung der Überregionalität der Berufsausübung, die eine einheitliche Berufszugangsregelung erforderlich mache, auch um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden)
 - zu § 34d und § 34e GewO (Versicherungsvermittler und –berater) : BT-Drs. 16/1935, S. 14 f.,
 - zu § 34f GewO (Finanzanlagenvermittler): BT-Drs. 17/6501, S. 30,
 - zu § 34h GewO (Honorar-Finanzanlagenberater): BT-Drs. 17/12295, S. 12.

2. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Maßgeblich ist nach wie vor das sog. „**Apothekenurteil**“ (BVerfG, 1 BvR 596/56 v. 11.6.1958, BVerfGE 7, 377, 406):

„[Eine subjektive Berufszulassungsregelung] legitimiert sich aus der Sache heraus; sie beruht darauf, daß viele Berufe bestimmte, nur durch theoretische und praktische Schulung erwerbbar technische Kenntnisse und Fertigkeiten (im weiteren Sinn) erfordern und daß die Ausübung dieser Berufe ohne solche Kenntnisse entweder unmöglich oder unsachgemäß wäre oder aber Schäden, ja Gefahren für die Allgemeinheit mit sich bringen würde. Der Gesetzgeber konkretisiert und "formalisiert" nur dieses sich aus einem vorgegebenen Lebensverhältnis ergebende Erfordernis; dem Einzelnen wird in Gestalt einer vorgeschriebenen formalen Ausbildung nur etwas zugemutet, was er grundsätzlich der Sache nach ohnehin auf sich nehmen müßte, wenn er den Beruf ordnungsgemäß ausüben will. Diese Freiheitsbeschränkung erweist sich so als das **adäquate Mittel zur Verhütung möglicher Nachteile und Gefahren**; sie ist auch deshalb nicht unbillig, weil sie für alle Berufsanwärter gleich und ihnen im voraus bekannt ist, so daß der Einzelne schon vor der Berufswahl beurteilen kann, ob es ihm möglich sein werde, die geforderten Voraussetzungen zu erfüllen. Hier gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in dem Sinne, daß **die vorgeschriebenen subjektiven Voraussetzungen zu dem angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen dürfen.**“

IV. Verfassungsrechtliche Grenzen

2. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

- Subjektive Berufszulassungsvoraussetzungen sind damit mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar,
 - wenn sie der Verhütung möglicher Nachteile und Gefahren dienen und
 - im Hinblick auf diesen Zweck verhältnismäßig (d. h. geeignet, erforderlich und angemessen/zumutbar) sind.

- **Unerheblich** erscheint nach bisheriger Rechtsprechung,
 - dass Gewerbefreiheit nach bisherigem Recht beim betroffenen Beruf tatsächlich noch nicht zu erheblichen - flächendeckenden - Missständen geführt hat, solange die zu bekämpfenden Gefahren als plausibel erscheinen;
 - dass bei vergleichbaren Berufen kein oder nur geringerer Handlungsbedarf gesehen wird

Vgl. auch die neuere Rspr. zur Verfassungsmäßigkeit des Handwerksrechts:
BVerwG, 8 C 9/10 v. 31. 8. 2011, BVerwGE 140, 276, Abs. 29 ff.; BVerwG, 8 C 8/10 v. 31. 8. 2011, BVerwGE 140, 267, Abs. 29 ff.; BVerwG, 8 C 50/12 v. 9.4.2014, NVwZ 2014, 1241 ff.

IV. Verfassungsrechtliche Grenzen

2. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

- Umwandlung des Bestattungsgewerbes in ein genehmigungspflichtiges Gewerbe erscheint daher als **verfassungsrechtlich unproblematisch, soweit**
 - präventive Zuverlässigkeitskontrolle eingeführt wird;
 - Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung verlangt wird.

- Im Hinblick auf die **Verhältnismäßigkeit** ist jedoch schwierig zu bestimmen, ob und welcher **Fachkundenachweis** geeignet, erforderlich und zumutbar ist:
 - Grundsätzlich erscheint ein Fachkundenachweis nicht unzumutbar.
 - **Teufel steckt im Detail:** Welche Fachkunde soll mindestens erforderlich sein? Wie kann sie zumutbar nachgewiesen werden? In welchem Umfang kann durch verbindliche Ausbildungsvorgaben das Berufsbild des Bestatters geformt werden?

IV. Verfassungsrechtliche Grenzen

2. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

- Offene und zu klärende Fragen im Hinblick auf Fachkundenachweis:
 - Wer muss Fachkunde nachweisen? Betriebsinhaber oder Betriebsleiter?
 - Anforderungen der Verordnung über die Berufsausbildung zur Bestattungsfachkraft müssen jedenfalls genügen. Ist aber tatsächlich eine dreijährige Berufsausbildung erforderlich? Ist jeder Prüfungsgegenstand dieser Verordnung so relevant, dass seine Kenntnis zwingende Voraussetzung für die Eröffnung eines Bestattungsunternehmens sein muss? Können auch Kenntnisse verlangt werden, die für die konkrete Betriebsform nicht benötigt werden?
 - Kann praktische Berufserfahrung in leitender Stellung einer formellen Ausbildung gleichgestellt werden?
 - Wie ist mit ausländischen und privaten Ausbildungsangeboten und insoweit erworbenen Abschlüssen und Zertifikaten umzugehen?
 - Wie sollen Übergangsregelungen für Altbetriebe ausgestaltet werden?

V. Europarechtliche Grenzen

- Es entspricht durchaus der (bisherigen) Politik der Kommission, zur Förderung des Binnenmarktes auf einen generellen Abbau von Berufszulassungserschwerungen hinzuwirken (jedoch beruhen die §§ 34d ff. GewO auf EU-Richtlinien).
- Beibehaltung und Einführung präventiver Kontrollen vor Aufnahme gewerblicher Tätigkeiten durch die Mitgliedstaaten wird von der Kommission tendenziell skeptisch gesehen – und die Notwendigkeit ihrer Rechtfertigung betont.
- *Aber:* Es gibt **kein allgemeines unionsrechtliches Verbot** für die Einführung neuer und die Beibehaltung alter gewerberechtlicher Berufszulassungsschranken – solange sie die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung und die Niederlassung von EU-Ausländern nicht unangemessen behindern.

V. Europarechtliche Grenzen

- **EU-Kommission** hat auf Grundlage des Art. 59 der **RL 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen** eine „Reglementierte Berufe-Datenbank“ errichtet, aus der sich ergibt, dass der Beruf des Bestattungsunternehmers derzeit in
 - Belgien,
 - Frankreich,
 - Österreich,
 - Slowakei,
 - Tschechien,
 - Ungarnbesonderen Berufszulassungsregelungen untersteht.

- Es ist nicht erkennbar, dass dies als solches von der Kommission beanstandet wird.

V. Europarechtliche Grenzen

1. Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt

Art. 9 Genehmigungsregelungen

(1) Die Mitgliedstaaten dürfen die Aufnahme und die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit nur dann Genehmigungsregelungen unterwerfen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- a) die Genehmigungsregelungen sind für den betreffenden Dienstleistungserbringer nicht diskriminierend;
- b) die Genehmigungsregelungen sind durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt;
- c) das angestrebte Ziel kann nicht durch ein milderes Mittel erreicht werden, insbesondere weil eine nachträgliche Kontrolle zu spät erfolgen würde, um wirksam zu sein.

(2) Die Mitgliedstaaten nennen in dem in Artikel 39 Absatz 1 genannten Bericht die in ihrer jeweiligen Rechtsordnung vorgesehenen Genehmigungsregelungen und begründen deren Vereinbarkeit mit Absatz 1 des vorliegenden Artikels.

(3) Dieser Abschnitt gilt nicht für diejenigen Aspekte der Genehmigungsregelungen, die direkt oder indirekt durch andere Gemeinschaftsrechtsakte geregelt sind.

V. Europarechtliche Grenzen

1. Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt

Art. 2 - Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie gilt für Dienstleistungen, die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden.

(2) [...].

Nach herrschender Auffassung:

Trotz offenen Wortlauts des Art. 2 DLR verpflichtet die Richtlinie die Mitgliedstaaten (wohl) nicht zu Liberalisierung von reinen Inlandsachverhalten (nur grenzüberschreitende Tätigkeit muss vereinfacht zugelassen werden).

Art. 9 DLR begründet somit keine besonderen Rechtfertigungspflichten für Genehmigungserfordernisse bei reinen Inlandsachverhalten.

V. Europarechtliche Grenzen

2. Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen

Art. 1 - Gegenstand

Diese Richtlinie legt die Vorschriften fest, nach denen ein Mitgliedstaat, der den Zugang zu einem reglementierten Beruf oder dessen Ausübung in seinem Hoheitsgebiet an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen knüpft (im Folgenden „Aufnahmemitgliedstaat“ genannt), für den Zugang zu diesem Beruf und dessen Ausübung die in einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten (im Folgenden „Herkunftsmitgliedstaat“ genannt) erworbenen Berufsqualifikationen anerkennt, die ihren Inhaber berechtigen, dort denselben Beruf auszuüben.

Mit dieser Richtlinie werden auch Regeln über den partiellen Zugang zu einem reglementierten Beruf sowie die Anerkennung von in einem anderen Mitgliedstaat absolvierten Berufspraktika festgelegt.

V. Europarechtliche Grenzen

2. Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen

Titel III: Niederlassungsfreiheit

Kapitel II: Anerkennung der Berufserfahrung

Art. 16 - Erfordernisse in Bezug auf die Berufserfahrung

Wird in einem Mitgliedstaat die Aufnahme einer der in **Anhang IV genannten Tätigkeiten** oder ihre Ausübung vom Besitz allgemeiner, kaufmännischer oder **fachlicher Kenntnisse und Fertigkeiten** abhängig gemacht, so erkennt der betreffende Mitgliedstaat als ausreichenden Nachweis für diese Kenntnisse und Fertigkeiten die vorherige Ausübung der betreffenden Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat an. Die Tätigkeit muss gemäß den **Artikeln 17, 18 und 19** ausgeübt worden sein.

2. Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen

Art. 19 - Tätigkeiten nach Anhang IV Verzeichnis III

(1) Im Falle der in **Anhang IV Verzeichnis III** aufgeführten Tätigkeiten muss die betreffende Tätigkeit zuvor wie folgt ausgeübt worden sein:

- a) als ununterbrochene dreijährige Tätigkeit entweder als Selbstständiger oder als Betriebsleiter; oder
- b) als ununterbrochene zweijährige Tätigkeit als Selbstständiger oder als Betriebsleiter, wenn die begünstigte Person für die betreffende Tätigkeit eine vorherige Ausbildung nachweisen kann, die durch ein staatlich anerkanntes Zeugnis bescheinigt oder von einer zuständigen Berufsorganisation als vollwertig anerkannt ist; oder
- c) als ununterbrochene zweijährige Tätigkeit als Selbstständiger oder als Betriebsleiter, wenn die begünstigte Person nachweist, dass sie die betreffende Tätigkeit mindestens drei Jahre als abhängig Beschäftigter ausgeübt hat; oder
- d) als ununterbrochene dreijährige Tätigkeit als abhängig Beschäftigter, wenn die begünstigte Person für die betreffende Tätigkeit eine vorherige Ausbildung nachweisen kann, die durch ein staatlich anerkanntes Zeugnis bescheinigt oder von einer zuständigen Berufsorganisation als vollwertig anerkannt ist.

(2) In den Fällen der Buchstaben a und c darf die Beendigung dieser Tätigkeit nicht mehr als zehn Jahre zurückliegen, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Einreichung des vollständigen Antrags der betroffenen Person bei der zuständigen Behörde nach Artikel 56.

V. Europarechtliche Grenzen

2. Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen

Anlage IV – Verzeichnis III

4 [...] „Bestattungsinstitute und Unterhaltung von Friedhöfen“

Hieraus folgt wohl:

- RL 2005/36/EG setzt die Möglichkeit mitgliedstaatlicher Berufsqualifikationsvoraussetzungen für Bestattungsunternehmen voraus;
- scheint in Art. 19 durchaus auch eine dreijährige Berufsausbildungszeit (Kombination Praxis/Ausbildung) als zulässige Voraussetzung für die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit im Bestattungsgewerbe als angemessen anzusehen.

Fazit

- Eine **bundesgesetzliche** Umwandlung des Bestattungsgewerbes zu einem genehmigungsbedürftigen Gewerbe mit den Zulassungsvoraussetzungen der **Zuverlässigkeit, Fachkunde** und des Nachweises einer **Berufshaftpflichtversicherung** wäre **grundsätzlich verfassungs- und europarechtlich** zulässig.
- **Europarechtlich** müsste eine solche Regelung den Vorgaben der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt und der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen gerecht werden, wobei dies aber nur bei **grenzüberschreitenden Sachverhalten** eine Rolle spielt.
- Verfassungsrechtlich wäre bei den Anforderungen für den **Fachkundenachweis** das **Verhältnismäßigkeitsprinzip** zu beachten, wobei zu diskutieren wäre, ob und inwieweit die Verordnung über die Berufsausbildung zur Bestattungsfachkraft als Ausgangspunkt für die Definition einer zur Abwehr von Gefahren und zum Verbraucherschutz notwendigen „Mindestfachkunde“ dienen kann.